

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI BELÉM – PA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO  
JURÍDICO**

**JURACI MOURÃO LOPES FILHO**

**SÉRGIO FIUZA DE MELLO MENDES FILHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho ; Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-873-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis  
Santa Catarina – Brasil  
[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)



Centro Universitário do Estado do Pará  
Belém - Pará - Brasil  
<https://www.cesupa.br/>

## XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

### TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

---

#### **Apresentação**

A presente publicação traz os textos apresentados em grupo de trabalho que contou com abordagens diversas dos assuntos inerentes a sua temática, que podem ser agrupados em estudos de teoria pura, com reflexão e aprofundamentos de categorias teóricas e conceitos, e de aplicação de concepções teóricas para enfrentar aspectos dogmáticos ou problemas práticos do Direito brasileiro.

Na primeira categoria de reflexão teórica, em que de um modo geral se identifica o estudo de um determinado autor ou de uma teoria geral para problemas de definição e concepção de categorias jurídicas, tem-se texto sobre o pensamento de Karl Popper para o Direito processual e a construção de uma teoria da decisão; a revisão dos conceitos de regras, obrigações e normatividade em Herbert Hart; o uso da Crítica Hermenêutica do Direito para controle da discricionariedade judicial; a unificação de padrões éticos e morais em Dworkin e abordagem sobre o ativismo judicial. Como pano de fundo, os trabalhos identificam o que é o Direito, seus limites com a Moral, quais os contornos de seus conceitos fundamentais e suas fontes, bem como qual a lógica e racionalidade que subjazem na ciência jurídica.

Por sua vez, no grupo de artigos que tomam elementos teóricos para resolver problemas jurídicos próprios da realidade brasileira, há texto utilizando e aplicando a teoria de Robert Alexy para investigar a coerência em julgamento do Supremo Tribunal Federal; as concepções de Direito e Moral do positivismo inclusivo para, então, determinar a proteção trabalhista no país; o uso da teoria da norma em Kelsen para definir a regra matriz tributária no Sistema Tributário Nacional; investigação da implementação de políticas públicas pelo Judiciário por meio de processos estruturais; os efeitos de precedente do Supremo Tribunal Federal para mães e filhos no cárcere no Estado de Sergipe e mesmo o estudo dos precedentes de uma maneira geral no Brasil.

Como se observa, os trabalhos que compõem o presente volume demonstram a qualidade da pesquisa nacional em torno do assunto, com viés crítico e aprofundado sobre temas de relevância não só teórica como também para solução de questões práticas.

Com isso, esperamos que o leitor tenha o maior proveito possível.

Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## HÁ APLICAÇÃO DO MODELO ATITUDINAL PARA COMPREENSÃO DA DECISÃO JUDICIAL EM TERRITÓRIO NACIONAL?

### "IS THERE AN APPLICATION FOR ATTITUDINAL MODEL IN THE JUDICIAL DECISION IN NATIONAL TERRITORY?"

André Luis Vedovato Amato <sup>1</sup>  
Rubens Beçak <sup>2</sup>

#### **Resumo**

O Realismo Jurídico Norte-Americano é uma corrente teórica que parte do princípio da indeterminação do direito, principalmente devido a suas exceções, o que devido a discricionariedade do julgador pode-se levar a decisões contraditórias. O fito do presente trabalho é a partir da análise dos vieses normativos, ideológicos, políticos e psicológicos identificar e difundir o padrão de tomada de decisão judicial, a partir da comparação entre estudos empíricos realizados nos Estados Unidos da América conformando suas respostas à realidade brasileira.

**Palavras-chave:** Realismo jurídico americano, Vieses heurísticos, Teoria da decisão, Influências morais, normativas, sociais e psicológicas

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

American Legal Realism is a theoretical approach that starts from the principle of the indetermination of the Law, mainly due to its exceptions, which due to the judge's discretion can lead to contradictory decisions. The purpose of this study is to analyze and identify normative, ideological, political, and psychological trends in the judicial decision making process, based on the comparison of empirical studies conducted in the United States of America, conforming their responses to the Brazilian reality.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** American legal realism, Heuristics, decision theory: moral, normative, social, and psychological influences

---

<sup>1</sup> Mestrando junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Bolsista do Programa de Apoio ao Ensino - PAE/USP

<sup>2</sup> Professor de Graduação e Pós-graduação da FDRP-USP. Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo USP.

## INTRODUÇÃO:

O presente artigo tem por fito o estudo do comportamento dos juízes, por meio da análise teórica, ou seja, por pesquisa exploratória de caráter dedutivo o tema, adotando, portanto, um viés crítico e analítico baseado na Teoria do Realismo Jurídico Norte-Americano e as suas consequências práticas, independente se positivas ou negativas, junto ao processo de tomada da decisão judicial.

Deve ser frisado que não apenas se focará nos clássicos representativos desta teoria adotada, mas também nos autores que a ela apresentaram críticas e sugestões, permitindo uma conformação entre a realidade prática e a perspectiva teórica ideal apresentada. Para melhor compreender referido quadro, buscar-se-á uma perspectiva multidisciplinar abrangendo visões provenientes de outras áreas do conhecimento, em especial da psicologia e da ciência política, em seu espectro de análise da Tomada de Decisão, para desta forma, buscar, ainda que uma compreensão primária, do processo de tomada de decisão judicial em seus fatores jurídicos e extrajurídicos.

Busca-se identificar os pontos críticos de referidas teorias e compará-las com resultados de pesquisas empíricas relacionadas ao tema, em última instância, buscando esclarecer as dúvidas surgidas a partir da nova conformação do direito no século XXI, e em especial ante a situação do Brasil, que além dos problemas clássicos que enfrenta o judiciário, passa por um período de descrédito institucional, democrático, no qual as suas próprias instituições se encontram em uma séria e real crise de legitimidade, que querendo ou não, afeta diretamente a forma de julgar da autoridade competente, no caso em questão, o juiz.

Para Sérgio Nojiri (2017, p.3) se as decisões regidas por juízes são apenas uma representação imprecisa dos processos mentais que ocorrem em sua mente, destarte, questiona-se como efetivamente os juízes produzem suas decisões. E mais, se estas decisões estão enquadradas no modelo analítico fornecido pela Escola do Realismo Jurídico Norte-Americano. Desta forma, podemos reiterar as falas do referido autor: “(...)iremos abordar, entre outras coisas, os vieses cognitivos e preconceitos variados que afastam as decisões judiciais do ideal de racionalidade que as teorias normativas de caráter moral frequentemente defendem” (NOJIRI, 2017, p.5).

Tem-se como ponto de partida a análise proposta pela corrente estudada, ou seja, que os magistrados decidem de acordo com sua preferência pessoal, para em seguida construir sua argumentação jurídica, justificando sua posição. Desta forma, busca-se entender como a indeterminação do direito posto, normativo geram lacunas que permitem uma contradição

interna no próprio direito, em uma clara afronta à tese positivista, de um ordenamento jurídico coerente, sem antinomias e completo, na qual o juiz age como um agente neutro, mero aplicador da vontade legislada.

## I. DESENVOLVIMENTO

### 1. DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Para a corrente Realista, ora em análise, o direito é indeterminado, visto a existência de exceções, regras, princípios e precedentes que podem levar a resultados opostos e até contraditórios para a resolução de um mesmo caso. Sob essa égide teórica, estudiosos estadunidenses apresentaram uma crítica, embasada no ceticismo, questionando o formalismo jurídico e consequentemente sua afirmação que o direito é algo plenamente determinável.

Ainda que os magistrados utilizem as regras e princípios gerais do direito para a tomada de suas decisões, referida corrente teórica entende que “*essas regras muitas vezes não são as mesmas encontradas em fontes legais padrão*” (NOJIRI, 2017, p. 6). Pelo contrário, é de seu entendimento que essas regras formais não poderiam gerar aplicações diretas, mecânicas ou lógicas. Elas dependem de um exercício interpretativo por parte do magistrado que abre espaço para a inclusão de elementos extrajurídicos na tomada de decisões judiciais. Tal é o fato que se torna peremptória a afirmação que o direito é indeterminado, *in verbis*:

Quando afirmamos que o direito é indeterminado estamos querendo dizer que ele não têm respostas certas para todas as questões jurídicas. Em se tratando de uma teoria da decisão judicial, o direito é indeterminado na medida em que materiais e métodos jurídicos permitem múltiplos resultados para ações judiciais. Se os argumentos para a indeterminação radical são válidos, eles podem levantar sérias dúvidas sobre a possibilidade de sistemas jurídicos legítimos e procedimentos judiciais não arbitrários (KRESS, 1989, p. 283)

A partir desta indeterminação do direito posto, positivado ou das lacunas deixadas pelo jus-normativismo, os julgadores passam a se utilizar de aparatos extralegais para auxiliar na tomada da decisão, muitas vezes baseando-se nos fatos do caso real, e não na legislação vigente aplicada (NOJIRI, 2017, p.7). Importante frisar, que para esta tomada de decisão em elementos não normativos, os julgadores utilizam-se de outros elementos de sua própria formação como embasamento, por exemplo: causas normativas: legais e morais; aspectos ideológicos e políticos, além de decisões de cunho subjetivo, caracterizado como causas psicológicas.

Deste ponto, fazemos o uso da clara afirmação de LEITER (2015, p. 246) ao dizer “*al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del caso, em vez de responder a las razones y reglas jurídicas*”.



Isto posto, nos itens seguintes abordar-se-á de forma mais específica cada um desses aspectos que influenciam a tomada de decisão por parte do Magistrado, especificando e detalhando cada uma delas de acordo com a doutrina especializada no tema, tanto nacional como estrangeira.

## **2. DAS INFLUÊNCIAS SOBRE A ATIVIDADE DE TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL**

### **2.1. DA INFLUENCIA NORMATIVA: LEGAL E MORAL**

Dentro de um espectro jus-normativista os realistas trouxeram à tona questionamentos acerca do papel das regras e dos princípios legais a serem utilizados na tomada da decisão judicial. Em sua essência questionam e repudiam a afirmação que a aplicação do direito ao caso concreto se refere apenas a uma operação de dedução siológica (NOJIRI, 2017, p. 12). Tal é o caso que Leiter (2015, p. 241) é expresso ao afirmar:

(...), que un estudio empírico cuidadoso de la forma como las cortes deciden *en realidad* los casos, revela que ellas no los deciden primariamente con base en el derecho, sino basándose en (dicho en términos generales) en su sentido de lo que es “justo” según los hechos del caso. (...) Las reglas y las razones jurídicas figuran simplemente como racionalizaciones *post-hoc* para las decisiones alcanzadas en base de consideraciones no jurídicas.

Devemos considerar a crítica de Leiter a partir da qual muitos dos realistas, com influência do positivismo do século XIX deveriam como objetivo descobrir as leis que descreviam quais estímulos produziriam determinadas respostas sociais (2015, p. 242).

Este fato tem em sua base a teoria da indeterminação das normas jurídicas, visto que para estes jus-pensadores a indeterminação racional do direito é originária na existência de cânones incompatíveis, entretanto, legítimos para a interpretação dos precedentes judiciais e normativas legais (LEITER, 2015, p. 244). Como cada caso merece uma aplicação e uma interpretação única do direito, seu uso indiscriminado como fonte de direito pode proporcionar razões e resultados distintos para casos similares extraídos de uma mesma regra ou precedente (LEITER, 2015, p. 244).

Tal fato inclusive já foi alvo de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a Súmula 343/STF de 1963, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori

Albino Zavascki afirmou em seu voto vista (REsp 928.302/DF), dando azo a justificativa realista, *in fine*:

Ora, não há como negar que a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. (...)

Todavia, ante a situação, o Supremo Tribunal Federal (RE-AgR 328.812) em relatoria do Ministro Gilmar Mendes tentou pacificar a questão em âmbito nacional, ao julgar que “*cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida, ou seja, anterior à orientação fixada pelo STF*”.

Aparentemente, afastou-se a indeterminação realista, entretanto, tal posicionamento deixou em aberto algumas questões práticas levantadas pelos representantes desta corrente teórica décadas antes, visto que os juízes não devem tomar todos os fatos para emissão de sua decisão apenas os juridicamente relevantes para a resolução do caso (LEITER, 2015, p. 247); e complementa que negar o papel das regras é atribuir um papel à causalidade no curso das decisões, há uma necessidade de uma aproximação entre as regras e a realidade empírica a ser julgada, as vezes requerendo uma investigação empírica do tema em questão (LEITER, 2015, p. 2017).

Em outras palavras as regras demasiadamente gerais e abstratas, que ignoram os contextos fáticos que deram origem ao fato conflituoso, podem incidir em uma resposta meramente causal, ignorando o sistema legal existente, cabendo, a construção de regras jurídicas mais específicas e adequadas aos fatos concretos encontrados no dia a dia dos julgadores.

Entretanto, ainda que a questão normativa legal se apresente com uma solução jurisdicional, que garante a segurança jurídica outras dúvidas surgem e serão exploradas no decorrer dos próximos itens. De uma forma geral, influências de cunho moral, econômico, social e cultural, fazem parte de uma bagagem extrajurídica que carrega o magistrado, inclusive devido a sua formação como ser humano. A partir disto, no item seguido, analisar-se-á os elementos que compõem os elementos sociológicos do Realismo Jurídico, a partir dos representantes da Ala Sociológica do Realismo.

## 2.2. DAS INFLUÊNCIAS IDEOLÓGICAS E POLÍTICAS

Parte da teoria realista, compreendida em um espectro macro teórico, compreendem que os juízes utilizam de suas decisões para promover objetivos internos do sistema legal, bem como externos da política (NOJIRI, 2017, p.13). Tal situação embasa-se na falta de sentido das regras existentes, visto não possuírem qualquer ligação específica com os casos correspondentes da realidade a serem julgados, levando aos juízes a aplicarem normas análogas à realidade por eles encaradas (LEITER; 2015, p. 254).

Este ponto merece cuidado e atenção, os Realistas da Ala Sociológica entendiam que a tarefa da teoria jurídica era identificar e descrever – não justificar – os padrões de decisões, caberia às Ciências Sociais o papel de adentrar neste espectro não-jurídico (LEITER, 2015, p. 255). Em outras palavras podemos afirmar: os realistas proclamam uma teoria de adjudicação essencialmente naturalizada e descritiva, analisando não o que os Tribunais decidem em seu conteúdo material, mas sim pela maneira formal que chegam a estes resultados.

Esta encruzilhada teórica permite aos teóricos indicarem algumas formas que os juízes devem julgar. (1) a partir do momento que os juízes identificam que há um caso no qual não há norma identificável ou aplicável, devem abertamente fazer o papel do legislador, valorando aspectos políticos, sociais e econômicos (LEITER, 2015, p. 258). (2) Os juízes devem julgar da forma que estão acostumados a julgar, ainda que levem em conta aspectos psicológicos ou emocionais; tal fato é embasado na crença que não há na teoria nenhum objeto que diga como os magistrados devem decidir (LEITER, 2015, p. 261).

Ao indicar a crítica Hartiana à posição adotada pelos Realistas Norte-Americanos, Leiter (2015; p. 272), é explícito ao citá-lo diretamente, vejamos:

[E]s evidente, sin duda, que la mayoría de ellas ... son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustar-sea reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar y a cuya relevancia para el caso ocurente es generalmente reconocida.

Com todo respeito ao pensador Hart, a crítica efetuada por Horta e Costa (2017, p. 279) deve ser ressaltada: *“já se tratava com certa naturalidade a ideia de que as preferências político-ideológicas poderiam ter um grande peso na resolução que um magistrado dará a causa – em oposição a uma visão ingênua, ‘legalista’, de que os textos jurídicos seriam o determinante da decisão judicial”*.

No mais, para analisar a situação do Sistema Jurídico Pátrio em relação à tomada de decisão judicial por parte do corpo de magistrados, em especial aqueles da Suprema Corte,

seria, no mínimo falacioso, a transposição do modelo do Realismo Jurídico Norte Americano à realidade do Brasil.

Tal transposição seria falaciosa inicialmente por se tratarem de modelos de origem distintos, anglo-saxão (*common law*) versus direito continental (*civil law*). O Brasil, desde a sua fundação, e mais além por meio de sua evolução histórica sempre se filiou a corrente do *civil law*.

Se não fosse o bastante, o sistema de Justiça no Brasil começou a ser estudado empírica e sistematicamente a pouco mais de vinte anos, em especial na promoção, por parte do Poder Judiciário, de políticas públicas, que até então encontrava-se na esfera do poder executivo (HORTA; COSTA, 2017, p. 281). Tal fato, nos leva a acreditar na afirmação dos autores, ora citados:

Estudos empíricos recentes sugerem que, embora sustente um discurso de que é o guardião dos direitos de cidadania, reforçado por rumorosos casos recentes que trataram de questões como a união homoafetiva, a liberdade de expressão e o direito ao aborto, os números mostram que o STF atua precipuamente em questões de Direito Administrativo, na competência de entes federados e na defesa de interesses corporativos. Os dados também mostram que as indicações presidenciais podem ter resultados efetivos no resultado de julgamentos polêmicos pelo Supremo Tribunal Federal, como foi o caso do Mensalão. Além disso, os Ministros daquela Corte possuem poderes de atuação direta no processo político e deles fazem uso, como a possibilidade de antecipar posições na imprensa, reter processos indefinidamente por meio do pedido de vista e proferir decisões monocráticas que acabam definindo causas sem que passem pelo colegiado.

Dentro deste quadro desenvolvido pela Sistemática Política Jurídica Brasileira, a adoção com restrições do modelo do Realismo Jurídico se faz uma opção viável ao bom desenvolvimento do judiciário. Dispensada às críticas a respeito de um ativismo judicial que fogem do escopo do presente estudo e em momento oportuno será trabalhado, a aplicação deste modelo teórico, ligado ao personalismo característico do Judiciário pátrio, levam a crer que as evidências encontradas sugerem que a aplicação de tais modelos à realidade institucional brasileira pode levar a resultados positivos (HORTA; COSTA, 2017, p. 282).

Todavia, antes de se partir para a necessária conclusão deste estudo, alguns fatores de análise como a influencia bio-psico-emocional do magistrado no momento da tomada de decisão apresentam resultados distintos, o que não pode ser olvidado, desta forma apresentar-se-á referidos conteúdos na sequencia, para ao final encerrar com a conclusão sobre o tema em epígrafe.

### 2.3. DAS INFLUÊNCIAS PSICOLÓGICAS E EMOCIONAIS

Uma parte dos teóricos que se filiam a corrente Realista Americana, em especial Jerone Frank, entende que fatores psicológicos e pessoais influenciam diretamente o processo de tomada da decisão judicial (NOJIRI, 2017, p. 13). Tal viés pode ser confirmado por Horta e Costa (2017, p.15), ao afirmarem:

O conjunto dessas pesquisas indica que as decisões judiciais são influenciadas diretamente pelas apreciações intuitivas tanto do juiz quanto dos demais atores do processo penal, o que pode levar a decisões incorretas e, no limite à condenação de inocentes.

Referidos autores, para fazerem tal afirmação, sustentam que o devido conhecimento dos vieses cognitivos envolvidos nos processos decisórios dos aplicadores do direito permite avaliar com mais precisão a utilidade das estratégias políticas adotadas, suprimindo os pontos cegos das teorias adotadas (HORTA; COSTA, 2017,p.11).

Conforme identificado anteriormente, os juízes tendem a julgar de acordo com seus julgados anteriores, por influências econômicas, sociais, profissionais ou culturais. Entretanto tais análises não levam em conta os aspectos psicológicos, que doravante serão tratados como viés de confirmação<sup>1</sup>. É dizer, torna-se impossível encarar o juiz como um tomador de decisão neutro e imparcial, é o mito da neutralidade.

O magistrado, ainda que investido em um cargo do Estado, é um ser humano com desejos, necessidades, interesses, sentimentos, a afirmação de “*o fato de que as percepções intuitivas do julgador intuitivas do julgador não são influenciadas apenas pelas suas crenças e preconceitos, mas também por fatores ambientais dos mais variados tipos. (...) por elementos completamente irrelevantes para o mérito da causa, tais como o cansaço derivado da hora do dia em que se profere o julgamento*” (HORTA; COSTA, 2017, p.14).

Desta forma e superado o mito da neutralidade do julgador, cumpre neste trabalho esclarecer, com base e apoio nos estudos da psicologia comportamental em pesquisas relacionadas à tomada de decisão quais são os fatores e de que forma eles influenciam na racionalidade do julgador. Para responder esta questão, os pesquisadores em epígrafe indicam:

Ao decidir, as pessoas de valem de heurísticas, ou seja, de atalhos cognitivos a partir dos quais lidam com as limitações de tempo e com a incompletude dos dados disponíveis: certas informações são privilegiadas, certas lacunas são

---

<sup>1</sup> (...), dos principais desafios dos magistrados é lidar com o chamado viés da confirmação, um padrão cognitivo amplamente reconhecido no campo da psicologia e que consiste na tendência de cada indivíduo a aceitar evidências que confirmam suas crenças preconcebidas e a recusar a validade de provas que contrariam as suas intuições (Nickerson, 1998; Apud. HORTA e COSTA, 2017, p. 13).

inconscientemente completadas, certas percepções desencadeiam reações emocionais intensas, certas projeções de significado são rejeitadas pelos incômodos que nos provocam. Nossa cognição não é tipicamente baseada em uma reflexão detida, em cálculos estratégicos e análises probabilísticas como nossa capacidade de processamento de informação é limitada, temos de selecionar com cuidado os objetos que receberão esse tipo de atenção, extremamente custosa em termos de tempo e energia. Necessitamos de heurísticas para viabilizar uma tomada de decisão eficiente, em que seja alcançado um nível de precisão aceitável (embora não ótimo) com um processamento cerebral que não comprometa demasiadamente a celeridade. (...) Não é de se admirar que os padrões cognitivos selecionados ao longo de nossa evolução como espécie não privilegiem sempre um julgamento cuidadosamente refletido (que costumamos entender como próprio de nossa humanidade), mas operem normalmente por meio de uma redução das questões complexas, tanto quanto possível, a seus aspetos mais simples ou salientes. (HORTA; COSTA, 2017, p.18)

Os estudos do viés da confirmação, baseado nos atalhos mentais adotados pelos julgadores chamados heurísticas, levam a análise da decisão judicial para um nível que ultrapassa o dogmatismo clássico dos cursos de direito e entra em áreas pouco exploradas como a teoria da argumentação, a psicologia cognitiva e até mesmo a questão da análise dos discursos.

Tal viés permite a identificação de problemas como preconceitos, racismos e diversos outros elementos que podem influenciar uma decisão, afastando de uma vez o mito da neutralidade, e permitindo por meio de estudos empíricos das próprias decisões compreender como se dá o processo de tomada de decisão, o que para nós, conforme demonstrado anteriormente ocorre antes mesmo da sentença, que busca apenas argumentos jurídicos para confirmar uma opinião pessoal do julgador, a final, o direito é aquilo que a autoridade competente para dizer o direito diz que ele é.

Apesar de polêmica referida afirmação é a mais pura expressão da verdade, a partir da análise dos modelos estratégicos que serão aprofundados no item seguinte, permitir-se-á compreender esta afirmação a partir das decisões tomadas pela mais alta Corte brasileira e seus ministros, o que a nosso ver justifica a tese realista em certo ponto, abrindo espaço para novos estudos mais aprofundados sobre a temática em questão, que por ora fugiria do escopo do presente artigo.

### 3. CONTRIBUIÇÕES EMPÍRICAS SOBRE OS ESTUDOS JUDICIAIS – O MODELO ATITUDINAL E SEU TRANSPORTE AO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Apenas nos últimos anos a acadêmica brasileira tem dedicado seus esforços e pesquisas empíricas em compreender o comportamento dos atores representados pelo STF e seus Ministros no processo decisório e político nacional. Assim, a partir do modelo teórico adotado busca-se apresentar uma interpretação das motivações das decisões tomadas por aquela Instituição e seus membros (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 86). A partir do enfrentamento do modelo atitudinal, em contraste com o modelo estratégico e com o modelo legal buscaremos explicar o comportamento judicial vigente a partir das sólidas interpretações tomadas pela Corte em análise. Portanto, busca-se entender o comportamento dos Ministros e da Instituição, os fatores que realmente influenciam a tomada de decisão.

Para tanto, fatores como o conjunto de crenças específicas sobre o papel do Supremo e seus Ministros, as preferências políticas adotadas, a própria produção legislativa pelo Congresso Nacional e as reações tomadas pelos detentores da jurisdição são os fatores identificados, *a priori*, influenciam os julgadores a agirem como atores políticos para evitar um conflito institucional (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 89). Destarte, observa-se “*a tentativa de explicar o comportamento dos juízes a partir da conjugação da maximização de suas preferências com suas crenças a respeito de deveres e de limitações externas capazes de restringir suas ações maximizadoras*” (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 91).

Para os citados autores, a utilização do modelo atitudinal<sup>2</sup> de análise permite inferir as preferências ideológicas dos julgadores e conseqüentemente compreender os motivos, as heurísticas e as justificativas por trás das decisões judiciais tomadas.

Tal modelo se coaduna com a evolução do Realismo Jurídico devido a sua aplicação, pois concebe o Direito como “*um fenômeno “vago e variável”, inerentemente incerto e indefinido em seus conceitos, regras e princípios e atrelado ao mundo social*” (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 94).

O Direito é criado pelo juiz ao interpretá-lo, incluindo tanto as racionalizações dos argumentos legais, tanto as causas extralegais, como motivos fundantes das decisões.

---

<sup>2</sup> O modelo atitudinal de explicação do comportamento judicial apresenta uma formulação aparentemente muito simples, que pode ser resumida da seguinte forma: os juízes decidem de acordo com seus valores ideológicos sinceros (“*atitudes*”) vis-à-vis os estímulos apresentados pelos casos em discussão. (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 93).

Entretanto o autor é expresso ao afirmar a impossibilidade de criação de um modelo geral do comportamento judicial, devido a diferentes arranjos institucionais e os fatores de preferência de cada magistrado, em especial seus interesses políticos-ideológicos que conformam sua personalidade. Trata-se de um modelo, que busca explicações empíricas para a compreensão do funcionamento das instituições políticas e do comportamento judicial presente no país.

Da mesma forma que não é possível fazer uma transposição direta dos modelos estudados da Suprema Corte Norte Americana para a análise do Supremo Tribunal Federal, a ressalva da pesquisadora Patrícia Mello (2015, p. 287) deve ser totalmente considerada:

É importante observar, contudo, que não se verifica no Brasil nada semelhante à polarização ideológica experimentada entre republicanos e democratas no contexto norte-americano, ao menos no que tange à sua repercussão em matéria constitucional. Sem uma divisão ideológica clara, como expressão constitucional, torna-se difícil a avaliação do papel da ideologia no processo decisório do Supremo Tribunal Federal ou no comportamento judicial de seus integrantes.



## II. CONCLUSÃO

Com a apresentação das vertentes teóricas adotadas o presente estudo adota um caráter de revisão bibliográfica com o fito de difusão do conhecimento. Em sua essência nada novo é criado. A partir disto chega-se as seguintes conclusões doravante apresentadas.

Ainda que seja alvo de críticas muito bem fundamentadas a corrente metodológica denominada Realismo Jurídico se apresenta como um importante instrumento e marco teórico para aprofundar os estudos das decisões judiciais.

Como anteriormente identificado, o Poder Judiciário brasileiro não apresenta padrões ideológicos tão evidentes quanto em comparação com o modelo americano, o que disto nos leva a crítica da falta de estudos empíricos, quantitativos e qualitativos em relação às decisões judiciais, principalmente em relação a tomada de decisão.

Permite-se uma crítica estruturada inclusive a forma de se pesquisar o direito no Brasil que tem como base apenas argumentos de autoridades e pesquisas realizadas por outros. Falta um instrumental metodológico, em grande parte, ao pesquisador jurídico brasileiro.

Isto posto, e com as dificuldades encontradas conclui-se que uma intersecção de estudos entre as áreas do direito, da psicologia, da sociologia e do marketing se mostram como essenciais para a compreensão da tomada de decisão, em especial a tomada da decisão judicial, ainda com a ausência de dados suficientes para o desenvolvimento de uma teoria abrangente, tal qual ocorre nos Estados Unidos da América.

O fato evidenciado é que fatores externos à atividade jurisdicional, considerados como extrajurídicos influem diretamente no processo de tomada de decisão, tais fatores conforme demonstrado incluem opções político-ideológicas, vieses emocionais e psíquicos além de situações externas que estão fora do controle do julgador que o afetam diretamente.

Conclui-se, o presente estudo não querendo apresentar nenhuma nova teoria, apenas compilar os pensamentos existentes e conforma-los dentro de uma argumentação lógica que permita a sua difusão.

## REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AVILA, Marcos Gonçalves; FARIAS, Paula Fogacci de. A Heurística do Afeto e o Conceito de “Avaliabilidade”: Experimentos no Contexto Brasileiro. **Revista Brasileira de Marketing**, [s.l.], v. 12, n. 02, p.29-48, 1 jun. 2013. Universidade Nove de Julho. <http://dx.doi.org/10.5585/remark.v12i2.2487>.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. In Cornell **Law Faculty Publications. Paper 814**. Cornell, mai 2001. p. 777-830.

HORTA, Ricardo de Lins e. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. **Diálogos Sobre A Justiça**, Brasília, v. 2, n. 2, p.38-48, ago. 2014. Trimestral.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma Perspectiva realista Acerca das Influências e Constrangimentos Sobre a Atividade Judicial. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p.271-297, jun. 2017.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na Decisão Judicial e Desenho Institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. **Cadernos Adenauer XVIII**, Brasil, v. 1, n. , p.11-34, jul. 2017.

INGRAM, David. Conclusão: O estado de direito como ideologia - desafios marxistas, desconstrucionistas e CLS. In: INGRAM, David. **Filosofia do Direito: Conceitos-chave em Filosofia**. Porto Alegre: Artmed Editora, 2016. Cap. 7. p. 226-239.

LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Núñez (Ed.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho: volumen uno**. Cidade do México: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. Cap. 7. p. 241-276. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/10.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento Ideológico e Estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel et al (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Gen - Editora Forense, 2015. p. 273-310.

MORRISON, Wayne. Ceticismo, desconfiança e o movimento dos estudos jurídicos críticos. In: MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Cap. 16. p. 534-569. Tradução: Jefferson Luiz Camargo ; revisão técnica: Gildo Rios.

NOJIRI, Sergio. Decisão judicial. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial>

OLIVA, Angela Donato et al. Razão, Emoção e Ação em Cena: A Mente Humana sob um Olhar Evolucionista. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Rio de Janeiro, p.53-62, abr. 2006.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro /Institutional assumptions of theories on judicial behavior and their transposition to the Brazilian case. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 4, n. 7, p.85-121, 10 dez. 2013. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2013.7503>.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis?  
In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Org.). **Novas Fronteiras da Teoria do Direito: Da Filosofia Moral à Psicologia Experimental**. Rio de Janeiro: Editora Puc Rio, 2015. Cap. 7. p. 171-217.